

حسن محسنی

کارآموز وکالت دادگستری

مفهوم اصول دادرسی و نقش تفسیری آنها و چگونگی تمیز این اصول از تشریفات دادرسی

چکیده

دادرسی‌ها بر پایه فورمالیسم قضایی یا به عبارتی تشریفات بنیان نهاده شده و اصولاً تشریفات است ولی، اصول دادرسی از تشریفات دادرسی جدا هستند. اصول دادرسی از اصول حقوقی اند که واجد ویژگی‌های کلی و دایمی بودن، انتزاعی و ارزشی بودن می‌باشند. تشریفات دادرسی از حیث خاستگاه، ماهیت، مبنا و آثار متمایز از اصول دادرسی اند. تشریفات را می‌توان به تشریفات مقدمه اجرای اصول و تشریفات محض دادرسی تقسیم کرد. تنها قانونگذار قادر است تشریفات را بنابر مصالح و مقتضیاتی وضع یا نسخ و حذف کند. با وجود این، قانونگذار نیز همانند طرفین و دادرسان در مرحله مرافعه و دادرسی، در وضع یا نسخ تشریفات همواره مقید به رعایت اصول دادرسی است. اصول دادرسی راهبردی اند و در دادرسی‌ها راهنمایی می‌کنند. راهنمایی این اصول در مقام ارایه تفاسیر قضایی به اوج خود می‌رسد. تمسک به اصول حقوقی در مقام استدلال موجب افزایش ارزش و وزن آن استدلال می‌گردد. تفسیرهایی که مبتنی بر اصول حقوقی دادرسی اند بر تفسیرهای غیراصولی مرجح اند.

واژگان کلیدی: اصول دادرسی؛ اصول حقوقی؛ اصول راهبردی دادرسی؛ اصول کلی حقوقی؛

تشریفات دادرسی؛ تشریفات محض و مقدمه اجرای اصول دادرسی؛ استدلال از طریق اصول؛

نقش مرجح تفسیرهای اصولی.

مقدمه

دادرسی‌ها تحت سیطره اصول و قواعد معینی ایجاد، جریان و خاتمه می‌یابند. وقتی که می‌گوییم آیین دادرسی مدنی عبارت است از مجموعه اصول و مقرراتی که در مقام رسیدگی به... بکار می‌رود ناخودآگاه این پرسش را مطرح می‌کنیم که آیا اصول و مقررات دو واژه مترادف‌اند و یا اینکه آن دو واژه با یکدیگر تفاوت دارند. از سوی دیگر، در قوانین گه‌گاه می‌بینیم که قانونگذار تأکید می‌کند: «تشریفات دادرسی در این مورد لازم‌الرعایه نیست.» این امر نیز به ابهام پرسش پیشین می‌افزاید و از خود می‌پرسیم تشریفات دادرسی چیست و چگونه می‌توان آنها را از سایر مقررات تمیز داد. در جهت مقابل ناگزیر می‌شویم ماهیت اصول حقوقی - دادرسی را نیز مورد بررسی قرار دهیم. این نوشته به دنبال آن است تا با روشن کردن مفهوم و گوهر اصول و تشریفات دادرسی، وجوه تمایز آنها را هویدا سازد تا بتوان به بهانه تشریفات قلمداد کردن یک مقررہ اصول را نقض کرد و برعکس، به دستاویز اصول ماده‌ای از قانون را به درجه و رتبه اصول صعود داد. این نوشته همچنین به یکی از کارکردهای مهم و ویژه اصول دادرسی - حقوقی نیز توجه می‌کند تا نقش راهبردی آنها را روشن و ملموس تر کند. از این رو، طی سه نوشتار ابتدا به اصول دادرسی، و سپس به تشریفات دادرسی می‌پردازد و سرانجام در نوشتار سوم کارکرد اصول را بررسی می‌کند.

نوشتار یکم: اصول دادرسی

اصول متعددی در دادرسی‌ها جریان دارند و جریان عادلانه دادرسی را تضمین می‌کنند. باید دانست که بدون توجه به این اصول کلی نمی‌توان مرحله ترافع و احقاق حق را درک کرد.^{##} اصول جمع واژه‌ای اصل است و اصل در لغت به معنای بیخ، بن، بن هر چیز، ریشه، پی، نهاد و نژاد آمده است.^{##*} استاد فقها و مجتهدین، شیخ انصاری، در اثر

- JEAN VINCENT, SERGE GUINCHARD, PROCEDURE CIVILE) PARIS: DALLOZ, 2003), 27ED. P.482, N.521.

##* - حسن عمید، فرهنگ فارسی عمید، (تهران: امیرکبیر، ۱۳۷۹) جلد اول، ص ۱۸۰۷، ذیل واژه.

ارزشمند خود اصل را به معنای زیر به کار برده است:*

۱. اصل به معنای راجح: این معنا از اصول را محقق کرکی (ره) در کتاب جامع المقاصد به کار گرفته که به معنای غلبه است؛ این غلبه یا در بین افراد یا در مکان‌ها وجود دارد.

۲. اصل به معنای قاعده: این معنای اصل از عموماً ادله به دست می‌آید و در مواردی که شکی حاصل می‌شود مراجعه به آن واجب می‌گردد. به عبارت دیگر، اصل در این معنا به معنای قاعده است و قاعده حکمی کلی است که منشاء تحصیل احکام جزئی می‌باشد.**

۳. اصل به معنای استصحاب: استصحاب به معنای ابقای ماکان است؛ یعنی هرگاه ما در وجود یا عدم چیزی که قطعاً در پیش وجود داشته شک کنیم، بقای آن را پیشاپیش مفروض می‌دانیم، تا زمانی که خلافش اثبات شود.

۴. اصل به معنای لغوی آن: در این معنا اصل به معنای بن و ریشه است.

باری، اصل می‌تواند به هر یک از معانی فوق بکار رود، ولی اصول دادرسی به چه معنا هستند؟ مقصود از اصول دادرسی هیچ یک از معانی راجح، استصحاب و معنای لغوی آن نیست. اصول دادرسی را می‌توان به معنای قاعده مذکور در فوق تلقی کرد، چرا که متضمن حکمی کلی اند. به عبارتی، اصول دادرسی آن چنان پراهمیت‌اند که واقعیت حیات دادرسی را به جلو می‌رانند.** اصول دادرسی که از نوع اصول حقوقی‌اند بنابه تعریف ژان بولانژه**** عبارتند از: «ایدهٔ اصولی که مجموعهٔ مواد قانونی حول آن آرایه می‌شود»***** ایشان برای اصول سلسله مراتب قایل است که در صدر آنها اصول طبیعی نشأت گرفته از حقوق طبیعی قرار دارند،**** که از جمله می‌توان حق دفاع را نام برد.

* - الشیخ مرتضی الانصاری، کتاب المکاسب، (قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۲هـ.ق)، ص ۲۱۴.

** - عیسی ولایی، فرهنگ تشریحی اصطلاحات اصولی، (تهران، نشرنی، ۱۳۸۰)، چاپ دوم، ص ۹۴.

- JEAN VINCENT, SERGE GUINCHARD, OP CIT: P483, N521.

- JEAN BOULANGER.

***** - ژان بولانژه، اصول کلی حقوقی و حقوق موضوعه، ترجمهٔ دکتر علیرضا محمدزاده وادفانی، مجلهٔ دانشکدهٔ

حقوق و علوم سیاسی، بهار ۱۳۷۶، شمارهٔ ۳۶، ص ۷۳.

***** - پیشین.

برخی از اصول دادرسی ممکن است از اصول کلی حقوقی* باشند؛ اصول کلی حقوقی: «قواعدی کلی اند که در تمام نظام‌های حقوقی پذیرفته شده‌اند. این اصول که شامل اساسی‌ترین احکام حقوقی است، بر تمام احکام جزئی‌تر حقوق حاکم‌اند»**.*
 «اصل احترام به حقوق دفاعی»*** امروزه به عنوان یکی از اصول کلی حقوقی شناخته می‌شود.***

اصول کلی حقوق اصولی کلی، دایمی، انتزاعی و ارزشی هستند:

مقصود از کلی بودن اصول آن است که اصل حقوقی «قاعده‌ای است کلی که گروهی از روابط حقوقی را دربر می‌گیرد و منبع چندین قاعده جزئی است»****. به عبارت دیگر: «یک اصل... کلی است از آن جهت که تعدادی موارد استعمال نامعین را دربر می‌گیرد»*****. بدین معنا به عنوان مثال، رعایت حقوق دفاعی محدود به نوع و شیوه خاصی از دادرسی خاصی نیست و هر جا رسیدگی اداری و خواه حسبی. کلیت اصول حقوقی موجب تمایز آن از قواعد حقوقی شود؛ قاعده حقوقی «قاعده الزام‌آور است که، به منظور ایجاد نظم و استقرار عدالت، بر زندگی اجتماعی انسان حکومت می‌کند و اجرای آن از طرف دولت تضمین می‌شود»****. مقصود از کلیت قواعد حقوقی آن است که هنگام وضع مقید به فرد یا اشخاص معین نیست و مفاد آن با یک بار انجام شدن از بین نمی‌رود، اگرچه ممکن است تنها یک یا چند فرد یا شخص مشمول

- LE PRINCIPE GENERAL DU DROIT.

*** - دکتر حسن جعفری تبار: مبانی تفسیر فلسفی حقوقی، (تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳)، ص ۱۹۸.

- LE PRINCIPE DU RESPECT DES DROIT DE LA DEFENSE.

**** - دکتر ناصر کاتوزیان، فلسفه حقوق، منابع حقوقی، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۱) جلد دوم، ص ۶۱۹، ش ۳۶۷. و نیز:

- دکتر حسن جعفری تبار، همان: ص ۲۰۲. و نیز:

- jean vincent, serge guinchard, op.cit.p545.n610.

**** - استاد دکتر ناصر کاتوزیان، همان، ص ۶۲۹، ش ۳۷۴.

**** - ژان بولانژه، همان، ص ۷۹، ش ۶.

**** - دکتر ناصر کاتوزیان، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، (تهران: شرکت سهامی انتشار،

۱۳۷۸)، ص ۵۸، ش ۴۱.

حکم آن باشند. با وجود این، هنوز قاعده حقوقی خاص است؛ چرا که برای یک وضعیت خاص وضع شده است، در حالی که اصول حقوقی مقید به وضعیتی خاص نیستند و مواد استعمال نامعین دارند. «اصول جملات راهبر حاکم بر حقوق موضوعه و هادی شرح و بسط آن است؛ قواعد حقوقی موارد استعمال اصول هستند»^{***} به عبارتی دیگر: «کلی بودن اصل حقوقی بدین معنا است که در میان قواعد حقوقی مصداق‌های متعدد دارد و از این حیث با (کلی بودن) قاعده حقوقی در برابر وقایع خارجی تفاوت دارد»^{***}.

اصول کلی حقوقی دایمی‌اند:

دایمی بودن در لغت به معنای جاوید و پایدار و پیوسته و همیشگی است^{***} ولی، در حقوق همانطوری که گفته‌اند بدین معناست که: «مقید به زمان خاص نبوده و تا زمانی که توسط اصل جایگزین منسوخ نگردیده است دارای اعتبار بوده و قانونگذار، در مقام وضع قانون و دادرس در صدور حکم و تفسیر قانون نمی‌توانند آن را نادیده انگارند»^{***}. باری، این سخن راست است که: «اصول کلی حقوق اگرچه جاودانی به نظر می‌رسند، لیکن به واقع لایتغیر نیستند و با تغییر پارادایم‌های^{****} جوامع انسانی، این اصول نیز تغییر می‌کنند»^{****}.

روزگاری بس طولانی، تفکر حاکم بر نقش متقابل اصحاب دعوا و قاضی، تفکری بود که ارجحیت را به خواهان یا شاکی می‌داد؛ ادعای او، به وی حق می‌داد که خوانده یا متهم را، به دنبال خود بشکاند و تا حدودی بار اثبات بی‌گناهی را بر عهده او قرار دهد. در قانون اور-نمو^{*****} که مربوط به جامعه سومر است، داور ایزدی یا

*** - ژان بولانژه، همان، ص ۸۰، ش ۶.

*** - دکتر ناصر کاتوزیان، فلسفه حقوق، منابع حقوق، همان، ص ۶۲۸، ش ۳۷۳ و

*** - حسن عمید، فرهنگ فارسی عمید، همان، ص ۹۰۲، ذیل واژه دایم.

*** - محسن صادقی، اصول حقوقی و جایگاه آن در حقوق موضوعه، (تهران: میزان)، ۱۳۴۸، ص ۳۴.

- PARADIGM.

***** - دکتر حسن جعفری تبار، همان، ص ۲۰۳.

***** - اور - نمو، پادشاه اور است که دوران حکومت او از سال ۳۰۹۵ تا ۲۱۱۲ قبل از میلاد مسیح (ع) می‌باشد.

اوردالی*، به عنوان یکی از طرق تشخیص گناهکاری متهم یا بی‌گناهی او مورد استفاده قرار می‌گرفت. «این طریقه بدوی قضاوت بر این فکر مبتنی بود که خدایان قوای مافوق طبیعی بر آزمایش‌ها نظارت دارند و بی‌گناهان را از گزند آنها حفظ خواهند کرد؛ بدین طریق بی‌گناهی آنان را آشکار می‌سازند»***. این روش اثبات، به نظر نگارنده، نقد و ابطال‌ناپذیر است و پس از انجام آن هیچ‌گاه نمی‌توان خلاف آن را اثبات کرد. از این‌رو، موجب ترجیح خواهان یا شاکی بر خواننده می‌شود؛ اگر خواهان یا شاکی، مدعی است چرا باید متهم یا خواننده بی‌گناهی خود را ثابت کند. در قانون حمورابی*** نیز چنین رویه‌ای متبع بوده است****. در ایران باستان نیز اگرچه دادگستری بسیار حایز اهمیت بوده است*****، ولی شواهدی وجود دارد که نشاندهنده خواهان‌مداری در آن دوران است؛ از جمله از کتاب دینکرد چنین نقل شده است: «اگر خواننده غایب است و یا حاضر است ولی پاسخ خواهان را نمی‌دهد قاضی باید رأی بدهد. همچنین بر حمایت حقوق خواهان در جریان دادرسی، تأکید شده است»*****. در جایی دیگر آمده است: «غیبت خواننده به منزله شهادتی بر صداقت و درستی ادعای خواهان بوده است»*****. این نوشته حوصله‌ابراز کامل و بیان شواهدی که نگارنده به دست آورده است را ندارد، ولی در هر حال به نظر می‌رسد در فقه نیز این خواهان‌مداری نمونه‌هایی دارد که از جمله قاعده معروف «البینه علی المدعی و الیمین علی من انکر» یکی از آنهاست؛ مطابق این قاعده که از یکی از اصول اثبات سخن می‌گوید بار اثبات بر

- ORDALIE.

*** - ریموند وستمبروک، مارتاران، سوفی لافون و...، تاریخ حقوق بین‌النهرین باستان، آغاز قانون‌گذاری، ترجمه گوردز افتخار جهرمی، علی حسین نجفی ابرندآبادی، محمد راسخ و... به کوشش حسین بادامچی، (تهران: طرح نو، ۱۳۸۲) ص ۴۳.

*** - حمورای نخستین سلسله بابل است که از سال ۱۷۵۰ تا ۱۷۹۲ قبل از میلاد مسیح (ع)، حکمرانی کرده است.

*** - شمس‌الدین مجرد، سیری در قانون حمورابی (عهد عتیق)، مهنامه قضایی، سال ۱۳۴۷، ص ۶؛ ش ۲۵.

*** - حجتی کرمانی، سیر قضاوت در ادوار مختلف تاریخ، (تهران: کتاب آرونند، ۱۳۷۸) چاپ دوم، ص ۵۲.

***** - SEYYED TAGHI NASR. ESSAI SUR L'HISTOIRE DU DROIT PERSAN DES LORIGINE A L'INVASION ARABE. (PARIS: EDITION ALBERT MECHELINK, 1933),

P233.

***** - IBID. P230.

عهده مدعی است ولی، اگر او دلیلی نداشت خوانده باید برای برائت خود اتیان سوگند کند. این حکم برخلاف دیگر احکام فقهی، کمتر محل اختلاف و تردید بوده است.*. این که اگر مدعی نتوانست ادعای خود را با دلیل ثابت کند، مدعی علیه باید برای برائت خود سوگند بخورد موافق خواهان مداری و مخالف اصل رعایت حقوق دفاعی است چه، خصوصی بودن ماهیت دعوی مدنی و حکومت اصل تسلط طرفین بر جهات و موضوعات دعوا ایجاب می کند حداقل مدعی علیه در فرضی سوگند اتیان کند که مدعی چنین کاری را از محکمه بخواهد درست همانند ماده ۱۳۳۵ قانون مدنی که در این مورد درخواست مدعی را لازم دانسته است در حالی که ماده ۱۹۷ قانون آیین دادرسی در امور مدنی بدان توجه نداشته است**.*. از سوی دیگر در حقوق آیین دادرسی اساساً تعریف دعوا به چهره فعال شده حق که در کتب آیین دادرسی مدنی بسیار معمول و مرسوم است***، این شبهه را القا می کند که قبل از بررسی و احراز حقیقت خواهان دارای حق است؛ حقی که از قوه به فعل تبدیل شده است. برخلاف آنچه قائلان نظر فوق بیان کرده اند حق طرح دعوا به عنوان یکی از حقوق بنیادین بشر متمایز از حق موضوع دعوا است و نباید با یکدیگر خلط شوند. به عبارت دیگر: (حق اقامه دعوا، حقی است نه فقط مسلم برای مدعی محق، بلکه برای مدعی علیه نیز مسلم می باشد...****). این اندیشه های حاکم یا پارادایم خواهان مداری که آن را می توان: «اصل حمایت از حقوق خواهان» نامید با پذیرش جهانی اصل حق دفاع توسط اعلامیه جهانی حقوق بشر در مواد ۱۰ و بند یک

* - ر.ک شهید اول، نعمه الدمشقیه، (قم: منشورات دارالفکر، ۱۴۱۳هـ.ق)، ص ۸۰، و نیز

- محقق حلی، مختصر النافع، (قم: مؤسسه بعثه، ۱۴۱۳هـ.ق)، ص ۲۷۳ و نیز

- شیخ محمدحسن نجفی، جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، (بیروت: دارالاسلامیه، ۱۴۱۱هـ.ق)، جلد ۱۴، ص ۱۰۰.

** - درباره نحوه رفع این ایراد ر.ک: محمد پورطهماسی فرد و حسن محسنی، اصل تسلط طرفین دعوا بر جهات و موضوعات دعوا، دوره جدید مجله کانون وکلای دادگستری مرکز، شماره ۲۱، پاییز ۱۳۸۴، صص ۷۴ و ۷۵.

*** - استاد محمد پروجردی عبده، اصول محاکمات حقوقی، مواد امتحانی مستخدمین قضایی، (بی جا، بی تا،

بی تا)، موجود در بخش جزوات کتابخانه دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ص ۲۸، و نیز

- دکتر سیدمحسن صدرزاده افشار، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، (تهران، ماجد ۱۳۷۹)، ص ۱۸، و نیز

- دکتر ناصر کاتوزیان، اعتبار امر قضاوت شده در امور مدنی، (تهران، دادگستر، ۱۳۷۶)، ص ۲۷۳، ش ۲۰۹، البته

لازم به ذکر است ایشان، به درستی حق طرح دعوا را از دعوا - تنازع - متمایز می دانند.

**** - مرحوم مصطفی عدل (منصورالسلطنه)، حقوق مدنی، (قزوین: طه، ۱۳۷۸)، ص ۳۴۶.

ماده ۱۱ آن به دوران و پارادایم خواننده مداری و رعایت حقوق دفاعی تغییر یافت و از آن به بعد کشورهای مختلف جهان به رعایت اساسی ترین حقوق بشر - حق دفاع - ملزم شدند. ماده ۱۰ این اعلامیه چنین می گوید: «هرکس در تعیین حقوق و تعهدات خویش و هرگونه اتهام جزایی که به او وارد شود، با مساوات کامل حق برخورداری از دادرسی منصفانه و علنی را در دادگاه مستقل بی طرف، دارد». بند یک ماده ۱۱: «هرکس که متهم به ارتکاب جرمی شود، حق دارد که بیگناه فرض شود، مگر آنکه طبق قانون در دادگاه علنی، که در آن کلیه ضمانت های لازم برای دفاع از او در اختیارش باشد، مجرم شناخته شود»، و اصل رعایت حقوق دفاعی جایگزین اصل قبلی - اصل حمایت از حقوق خواهان - می شود. باری، اصول کلی بدین معنا دایمی اند.

اصول کلی حقوقی انتزاعی اند:

انتزاع در لغت به معنای برکندن و از جای بیرون کشیدن است. * انتزاعی ** در لغت مقابل عینی و محسوس *** آمده است. **** مقصود از انتزاعی بودن اصول حقوقی آن است که در عالم ذهن قابل تصوراند، اگرچه در عالم عین مصادیق آن دیده می شود. به عبارت دیگر این اصول مجرد از عین اند. از اصول کلی حقوقی، می توان اصول برابری را نام برد که صرف نظر از عینیات در عالم انتزاع و ذهن قابل تصور است. اصول دیگری همچون حق دفاع، اصل تناظر و بی طرفی، اگرچه در عالم ذهن و مجردیات قابل درک اند ولی کمتر انتزاعی اند و بیشتر قابل لمس. درجه تجریدی بودن اصول حقوقی، یکسان نیست. **** انتزاعی بودن به نظر نگارنده، موجب بی حدود و ثغور شدن اصول حقوقی می شود؛ اصول حقوقی «در مرزهای تنگ شهر و کشوری خاص محصور نمی شوند و چون مستقیماً از ذات عدالت جوی آدمی نشأت گرفته اند در هر نظام

* - حسن عمید، فرهنگ فارسی، همان، ص ۲۳۹، ذیل واژه.

- ABSRTAIT

- CONCRET.

- LE ROBERT MICRO POCHE, DICTIONNAIRE DE LA LANGUE FRANCAISE, (PARIS: DICOROBERT, 1993), P26. CE MOT.

***** - محسن صادقی، همان، ص ۳۶.

حقوقی انسانی یافت می‌شود.»* از این‌رو، اصول حقوقی بهترین گزینه برای یکنواخت‌سازی حقوق‌اند؛ چه، در چارچوب اصول کلی حقوقی است که می‌توان اختلاف‌ها را ازین برد و نظام‌های حقوقی را به یکدیگر نزدیک کرد اصولی همچون بی‌طرفی، حق دفاع و تناظر و برابری اصحاب دعوا، کم‌شبهه‌ترین اصول حقوقی دادرسی‌اند و در اصول فراملی آیین دادرسی مدنی که توسط دو مؤسسه حقوقی بین‌المللی به نام مؤسسه حقوقی آمریکا و مؤسسه یکنواخت‌سازی حقوق خصوصی**، نیز برای یکسان‌سازی حقوق دادرسی مدون گردیده‌اند.

یکسان‌سازی نیز پدیده‌ای است که بشر را متوجه خود ساخته است؛*** رالف اشتورنر و سرچ‌گنشار**** می‌گویند: «... پدیده هم‌هنگ سازی در تفکر حقوقی و نیز در شکل‌های دادرسی»***** است که موجب شده است و اگرایی‌های ناشی از فرهنگ‌های سیاسی به نقاط مشترک تبدیل شود.***** پیروزی اصل تسلط طرفین بر جهات و موضوعات دعوا***** درگستره حقوق داخلی کشورها و عرصه بین‌المللی در زمینه آیین دادرسی مدنی، خودگویای حرکت اصول دادرسی در جهت همگون سازی فرهنگ‌های

* - دکتر حسن جعفری تبار، همان، ص ۱۹۹.

- ALI (AMERICAN LAW INSTITUTE) / UNIDROIT (INTERNATIONAL INSTITUTE FOR UNIFICATION OF PRIVATE LAW) PRINCIPLES OF TRANSNATIONAL CIVIL PROCEDURE; APRIL 2004 = PRINCIPES ALI/UNIDROIT DE PROCEDURE TRANSNATIONALE; AVRIL 2004. AVAILABLE AT: WWW.UNIDROIT.ORG.

- ROLF STÜRNER, PROCEDURE CIVILE ET CULTURE JURIDIQUE, REVUE INTERNATIONALE DE DROIT COMPARE, 2004-2. P798 ET VOIR AUSSI:

- ROLF STÜRNER, REGLES TRANSNATIONALES DE PROCEDURE CIVILE? QUELQUES REMARQUES D'UN EUROPEEN SUR UN NOUVEAU PROJET COMMUN DE L'AMERICAN LAW INSTITUTE ET D'UNIDROIT, REVUE INTERNATIONALE DE DROIT COMPARE, 2000-4. P851.

- ROLF STÜRNER ET SERGE GUINCHARD

- SERGE GHINCHERD ET AL. (ed), DROIT PROCESSUEL, 2EME ED. 2003, CITE PAR: ROLF STÜRNER, PROCEDURE CIVILE ET CULTURE JURIDIQUE, OP.CIT. P 798.

- IBID.

***** - LE PRINCIPES DISPOSITIF. در این باره ر. ک: محمد پورطمه‌اسبی فرد و حسینی محسنی، اصل تسلط طرفین دعوا بر جهات و موضوعات دعوا، همان منبع، صص ۵۳ به بعد.

سیاسی است. این اصل در ماده ۲ قانون آیین دادرسی مدنی ایران و ماده یک قانون جدید آیین دادرسی مدنی فرانسه و ماده ۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی جدید اسپانیا (مصوب سال ۲۰۰۰) به صراحت پذیرفته شده است. از سوی دیگر در عرصه بین‌المللی نیز، همانطوری که گفته شد، در ماده ۱۰ «اصول آیین دادرسی مدنی فرامصلی»^{۱*} و ماده یک «کسد آیین دادرسی مدنی»^{۲*} که توسط «ایبروامریکا»^{۳***} تدوین شده بدان تصریح شده است.^{۴***} حتی اصول متضمن حقوق بنیادین، دادرسی مدنی را در اواخر قرن بیستم دچار دگرپسی ای کرده است که ناشی از تأثیرات دو مدل جهانی دادرسی، یعنی دادرسی منصفانه و اصول راهبردی جدید دادرسی مدنی بوده است - اصل صداقت^{۵****}، گفتگو^{۶*****} و سرعت.^{۷*****} این مسیر از کثرت به وحدت در اصول حقوقی نه تنها نشان دهنده همگرایی نظام‌های دادرسی جهانی است بلکه بیش از همه نشان‌دهنده وحدت‌گرایی اصول حقوقی است به نحوی که شاید بتوان در آینده اصول متعدد دادرسی را با تمسک به اصول کلی‌تر در چند اصل، گرد آورد. این امر ممکن نیست جز با تمسک به انتزاعی بودن، کلی بودن، دایمی بودن و ارزشی بودن اصول حقوقی که اکنون از مورد اخیر سخن خواهیم گفت.

اصول حقوقی ارزشی‌اند:

ارزش‌ها، «واقعیت‌هایی هستند که احتیاجات و اشتیاق‌های گوناگون انسان را برآورده می‌سازند»^{۸*****}. منابع این ارزش‌ها می‌تواند اخلاق، مذهب و عوامل گوناگون طبیعی و

- LES PRINCIPES DE PROCEDURE CIVIL TRANSNATIONAL.

- CODIGO PROCESAL CIVIL (CPC).

- IBROAMERICA

- CODIGO PROCESAL CIVIL, COMMERCIAL Y DE MINERIA DE LA PROVINCIA DE SAN JUAN. SEE: WWW.JUSSANJUAN.GOV.AR/CPC.DOC.

- LA LOYAUTE.

- LA DIALOGUE.

- LA CELERITE.

***** - دکتر پرویز صانعی، حقوق و اجتماع، رابطه حقوق با عوامل اجتماعی و روانی، (تهران: طرح نو، ۱۳۸۱).

نژادی و اقتصادی و اجتماعی و سیاسی و تاریخی باشد؛ چراکه ارزش‌ها مایه‌های اصلی تمدن ملت‌ها محسوب می‌شوند^{***}. اصول حقوقی به کمال می‌اندیشند و درصددند آنچه «باید» باشد را، جایگزین آنچه «هست» کنند. از این‌روست که اصول حقوقی نقش راهبردی و تفسیری عمیقی می‌یابند و ناخودآگاه ذهن دادرس و قانونگذار را، بدون استدلال و حجت، به سمت خود راهنمایی می‌کنند. «ارزش اصول کلی حقوق، ارزشی ذاتی است. به خودی خود حجت‌اند و برای آنها استدلال نمی‌شود، بلکه خود، وسیلهٔ احتیاج برای دیگر قواعد حقوقی است»^{***}. اثر اصول کلی تا به آنجایی است که ارزش‌های مستتر در آن، به عنوان یک امر مسلم، در عالم حقوق راهبری می‌کنند. این گونه است که می‌گویند: «حقیقت این است که قضات برای رهایی از مخمصه گهگاهی، به طور غریزی به اصول روی می‌آورند»^{***}.

والا تریب ارزش‌های بشری، عدالت است و نخستین گام برای رسیدن به این عدالت، تمسک به «برابری» است؛ «انسان می‌خواهد در ارتباط خود با دیگران برابر باشد؛ از تبعیض نابجا می‌گریزد؛ خواه مبنای آن رنگ پوست و نژاد باشد یا اعتقاد سیاسی، و عدالت را در این می‌بیند که ارزش‌های والاتری پیدا کند»^{***}. او می‌خواهد این برابری و عدالت در تمام لحظات زندگی او وجود داشته باشد. از این‌رو، ارزش عدالت در دادرسی نیز وارد می‌شود و در چارچوب اصولی همچون «اصل برابری اصحاب دعوا»، «اصل رعایت حقوق دفاعی» و «اصل تناظر» و «بی‌طرفی» رخ می‌نمایند تا بدین وسیله، اساسی‌ترین احتیاج و اشتیاق بشر را برآورد و بدین نحو وثیقه‌ای ایمن در اجرای عدالت برای دادگران و دادخواهان باشد.

خاستگاه اصول حقوقی و ماهیت و مبنای آن:

بسیار مورد گفتگو قرار گرفته است؛ گروهی اعتبار آنها را ناشی از «حقوق طبیعی»

ص ۳۵۲.

*** - دکتر ناصر کاتوزیان، مبانی حقوق عمومی. (تهران: دادگستر، ۱۳۷۷)، ص ۳۴۲.

*** - دکتر حسن جعفری تبار، همان، ص ۱۹۹.

*** - ژان بولانژه، همان، ص ۸۹، ش ۱۸.

*** - دکتر ناصر کاتوزیان، همان، ص ۳۳۷.

می‌دانند و گروهی دیگر آن اعتبار را در وجدان عمومی و عادات و رسوم اجتماعی و عقل و انصاف و سرانجام روح حقوق هر کشور می‌بینند. به عبارتی دیگر «تمام مطالبی که درباره مبنا و منابع حقوق گفته شد، در این بحث نیز به میان می‌آیند»^{***}. به نظر نگارنده، اصول حقوقی ممکن است از هر یک از منابع مذکور پدید آید، ولی در هر حال این سلسله مراتب اصول است که حایز اهمیت بسیار است. اگرچه دسته‌بندی‌هایی میان اصول حقوقی وجود دارد که از سوی حقوقدانان پیشنهاد شده است: اصول حقوقی به اصول قانونی - مذکور در قانون - و اصول فراقانونی، اصول حقوقی ملی - داخلی - و اصول حقوق فراملی - بین‌المللی - قابل تقسیم‌اند. ژان بولانژه اصول حقوقی را به اصول مبتنی بر نظم سیاسی، نظم اقتصادی، نظم حقوقی، سنت‌های اخلاقی، اصول فنی حقوقی و اصول ناشی از عقل و انصاف تقسیم می‌کند^{****}.

برخی دیگر همچون هرمان بکر^{*****} نیز اصول حقوقی را به اصول کلی مربوط به نظم حقوقی و سیاسی، اصول کلی‌ای که از طبیعت و ساختمان «نهادهای حقوقی» ناشی می‌شود و اصولی که لازمه او امر اخلاقی است تقسیم می‌کند^{*****}. با وجود این تقسیم‌بندی، باید گفت اصول حقوقی در هر جا و رتبه‌ای در این تقسیم‌بندی قرار بگیرند ممکن است با اصول دسته‌های پایین‌تر در حالت تعارض و تراحم باشند. به عنوان نمونه اصل حق دفاع و تناظر با اصل سرعت در دادرسی و اصل سرعت با اصل دقت و تمرکز در دادرسی، اصل علنی بودن دادرسی با اصل رعایت حریم و خلوت خصوصی، اصل برابری اصحاب دعوا با اصل بی‌طرفی، اصل جلوگیری از صدور احکام متعارض با اصل دستیابی به محکمه و... در این موارد باید به اصطلاح میان اصول به تعادل و تراجیح دست زد و تقدم را به اصلی داد که از وزن و اهمیت بیشتری برخوردار است. با وجود این، اصل حق دفاع از چنان اهمیتی برخوردار است که، جز در موارد استثنایی آن هم به طور موقت، غیر قابل عدول است و همواره باید به طور پیشینی^{*****} - پیش از صدور

* - دکتر ناصر کاتوزیان، فلسفه حقوق، همان، ص ۶۳۸، ش ۳۷۹.

** - ژان بولانژه، همان، صص ۸۰ تا ۸۶، شماره‌های ۸ تا ۱۶.

*** - HERMAN BEKAERT.

**** - دکتر ناصر کاتوزیان، همان، صص ۶۳۴، ۶۳۵، ش ۳۷۷.

***** - A PRIORI.

رای تأثیرگذار - رعایت شود. آنجایی که خواننده خود را مخفی کرده است و امکان دستیابی به او ممکن نیست، طی شرایط خاصی امکان رسیدگی غیابی وجود دارد. با این حال، در دادرسی غیابی که استثنائاً به منظور احترام به مال و جان افراد حق دفاع نادیده گرفته می شود امکان و فرصت دفاع به طور پسینی^{۳*} یعنی پس از صدور رای تأثیرگذار، به خواننده محکوم علیه داده شده است. او می تواند و در واقع، باید برای مشروعیت بخشیدن به آن دادرسی، از آن و خواهی کرده و حجت خود را ارایه دهد اصل تناظر نیز دارای چنین موقعیتی است؛ اصل تناظر دارای سه رکن اساسی است - آگاهی، گفتگو و ادله. در موارد فوری و در مواردی که امکان تضييع حقوق ذینفع وجود دارد، اگرچه تناظر نیز باید همواره به طور پیشینی رعایت شود، این امکان پیش بینی شده است که به عنوان مثال در دستور موقت یا تأمین خواسته، قرار تأمین قبل از ابلاغ، اجرا گردد. این کار اگرچه موافق اصل سرعت در دادرسی و اصل احترام به مال و جان انسان است، ولی نمی تواند موجب عدم اجرای اصل بنیادین تناظر در دادرسی شود و این امکان برای ذینفع وجود دارد که به طور پسینی به آن اعتراض کند. باری، حق دفاع و تناظر هیچ گاه قابل نقض نیستند و دادرسی برای کسب مشروعیت بدانها نیاز عاجل دارد. به نظر نگارنده اصل بی طرفی دادرسی، دارای موقعیتی والاتر است. هیچ موردی را نمی توان یافت که اصل بی طرفی دادرسی حتی به طور پسینی نقض شده باشد، در حالی که اصولی چون اصل علنی بودن دادرسی، در تعارض با اصولی همچون اصل رعایت و احترام به حریم خصوصی اشخاص، به طور کلی قابل نقض است. در هر حال همانظوری که گفته اند: «تعارض دو اصل حقوقی، با بی اعتباری یکی از آن دو پایان نمی یابد بلکه فقط اصلی بر اصل دیگر تفوق داده می شود. در جایی که قاعده حقوقی، اصلی کلی را نادیده انگاشته، بهتر است در طی یافتن اصلی دیگر باشیم که بر آن ترجیح یافته است»^{۳**}.

با توجه به آنچه گفته آمد، اصول دادرسی اصول حقوقی ای هستند که حیات دادرسی - مشروعیت آن - در گرو اجرای آنها است؛ این اصول، کلی، دایمی، انتزاعی و ارزشی اند و نقش راهبردی آنها غیر قابل انکار است. اصول دادرسی غیر قابل عدول اند و قاضی و

- A POSTERIORI.

*** - دکتر حسن جعفری تبار، همان، ص ۸۴.

قانونگذار و طرفین را مکلف به رعایت می‌سازند و تنها در مواردی خاص و آن هم در تعارض با اصول دیگر، ممکن است بر اصلی دیگر، ترجیح داده شوند. به عبارتی دیگر اصول دادرسی ضامن اجرای عدالت در دادرسی‌اند.

نوشتار دوم: تشریفات دادرسی

تشریفات در لغت به معنای مراسم و لوازم پذیرایی آبرومندانه آمده است.^{*} ناپلئون در مورد شکل‌ها - تشریفات - گفته است: «تشریفات وثیقه ضروری نفع شخصی است؛ این دوران بربرها بود که در آن، شاه، پای یک درخت می‌نشست و بدون تشریفات رأی صادر می‌کرد»^{**} اگر تشریفات تضمین یا وثیقه ضروری منافع خصوصی است، چه تفاوتی با اصول دادرسی که فوقاً بیان شد دارند؟ این پرسشی است که در این نوشتار تلاش خواهیم کرد بدان پاسخ دهیم. راست است که یکی از خصایص دادرسی، تشریفات^{***} بودن آن است و دادرسی در یک فورمالیسم قضایی^{****} جریان می‌یابد، ولی این شکل‌ها و تشریفات چه ماهیتی دارند و چه تأثیری بر دادرسی عادلانه خواهند گذاشت؟ این پرسش‌ها بیشتر به این دلیل مطرح می‌شوند که قانونگذار در قانون و قضات در آرا، گه‌گاه امری را تشریفات دادرسی تلقی می‌کنند و برای آن یا چندان اهمیت قائل نیستند و یا آن را پراهمیت جلوه می‌دهند؛ ماده ۱۲۰ قانون آیین دادرسی مدنی درباره خسارت ناشی از اجرای تأمین خواسته چنین می‌گوید: «مطالبه خسارت در این مورد، بدون رعایت تشریفات آیین دادرسی، صورت می‌گیرد.» یا تبصره ماده ۲۷ آن قانون می‌گوید: «محصولاتی که در معرض تضییع باشد، فوراً ارزیابی و بدون رعایت تشریفات با تصمیم و نظارت دادگاه فروخته شده،...». ماده ۱۷۷ نیز در خصوص دعاوی

* - دکتر محمد معین، فرهنگ فارسی، (تهران: امیرکبیر، ۱۳۷۵)، جلد اول، ذیل واژه

** - "LES FORMS SONT LA GRANTIE NECESSAIRE DE L' INTERET PARTICULIER, CETAIENT DES TEMPES BARBARES QUE CEUX OU LE ROI, ASSIS AU PIED D'UN ARBE, JUGAIT SANS FORMALITE". CITE PAR. CH. SEZAR-BRU, PRECIS ELEMENTAIRE DE PROCEDURE CIVILE,(PARIS: RECUIL SLLZEY, 1927), P3.

*** - FORMALISTE

**** - FORMALISME JUDICIAIRE.

تصرف عدوانی و ممانعت از حق و مزاحمت، می‌گوید: «رسیدگی به دعاوی موضوع این فصل، تابع تشریفات آیین دادرسی نبوده و خارج از نوبت به عمل می‌آید». مواد ۱۱ و ۱۳ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۳ نیز از واژه تشریفات دادرسی استفاده کرده است. و نیز تبصره ماده ۱۴۳ و بند ب ماده ۲۵۷ و بند ب ماده ۲۶۵ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۸ در امور کیفری از این عبارت بهره برده است. همچنین ماده یک قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۴۲/۳/۲۵ می‌گوید: «دعاوی خانوادگی بدون رعایت تشریفات قانون آیین دادرسی مدنی رسیدگی می‌شود.» که در ماده یک قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳/۱۱/۱۵ نیز از سرگرفته شده است.

در ماده ۱۶ و تبصره ماده ۲۵ قانون تشکیل خانه انصاف مصوب ۱۳۴۴/۲/۱۸ چنین عبارتی - «رسیدگی تابع تشریفات آیین دادرسی مدنی نیست» - بکار رفته است. مواد ۲۲ و ۲۴ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶/۵/۲۲ و ماده ۶۶ و ۱۴۷ قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶/۸/۱ و مواد ۴ و ۵ قانون اصلاح قانون جلوگیری از تصرف عدوانی مصوب ۱۳۵۶/۱۲/۶ و ماده ۸ لایحه قانون تشکیل دادگاه‌های بخش مصوب ۱۳۵۸/۴/۹ و مواد ۱۱ و ۱۲ لایحه قانونی تشکیل دادگاه‌های عمومی مصوب ۱۳۵۸/۷/۵ و ماده ۱۷ و بند ۳ ماده ۱۹ قانون شورای داور مصوب ۱۳۵۶/۳/۲۱ از جمله قوانینی هستند که عبارت «رسیدگی تابع تشریفات آیین دادرسی نیست» را در خود گنجانده‌اند. تشریفات دادرسی به کدام دسته از مقررات دادرسی گفته می‌شود؟ ماده ۱۶ قانون تشکیل خانه انصاف می‌گوید: «اقامه دعوا در خانه انصاف مجانی است و رسیدگی تابع تشریفات آیین دادرسی مدنی نیست و خانه انصاف می‌تواند پس از وصول شکایت کتبی یا شفاهی به هر طریقی که مقتضی بداند طرفین را احضار و اظهارات و مدافعات آنان را استماع کرده و...». و ماده ۱. آیین‌نامه اجرایی ماده ۱۸۹ قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۸۱/۲/۱۵ هیأت وزیران و اصلاحات بعدی نیز می‌گوید: «بند ۱: رسیدگی در شورا تابع تشریفات قانون آیین دادرسی نبوده و شورا به طریق مقتضی طرفین را دعوت کرده و اظهارات و مدافعات آنان را استماع و خلاصه‌ای از آن را صورت مجلس و به

امضای اعضا و طرفین، می‌رساند. دعوت طرفین - خواهان و خوانده - به طریقه مقتضی آیا می‌تواند به شیوه‌ای باشد که اصول دادرسی را نقض کند؟ برای نمونه حق دفاع و اصل تناظر را؟

در قدیم، به قوانین راجع به آیین دادرسی اصول محاکمات گفته می‌شد؛ قانون اصول محاکمات حقوقی مصوب ۱۹ ذی‌العقده ۱۳۲۹ هـ ق و قانون اصول تشکیلات عدلیه و محاضر شرعیه و حکام صلحیه، مصوب ۲۱ رجب ۱۳۲۹ هـ ق و در خود قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ ماده‌ای دیده می‌شود که در آن از واژه اصول به جای تشریفات دادرسی، استفاده شده است: «داورها در رسیدگی و رأی، تابع اصول محاکمه نیستند ولی باید شرایط قرارداد داوری را رعایت کنند». (ماده ۶۵۷ آن قانون)، در حالی که یکی از موارد اعلام بطلان رأی داوری مغایرت آن با اصول دادرسی - اصول راهبردی سیاسی - است.^{۳*}

عده‌ای از استادان^{۳*} نیز تأکید کرده‌اند تشریفات دادرسی را باید از اصول دادرسی متمایز کرد و آثار ایشان مشحون از برداشت‌های اصولی است، با این حال معیاری صریح برای این کار پیشنهاد نکرده‌اند.

از کلام استاد محمد بروجردی عبده می‌توان معیاری را استنباط کرد؛ ایشان می‌گویند: «بسیاری از قواعد و اصول محاکمات فقط جز مراسم و تشریفات قانونی بوده و تأثیری در احقاق حق ندارند». ^{۳*۳*} یعنی آن دسته از قواعد و اصول محاکمات که در احقاق حق تأثیری ندارند، مراسم یا تشریفات دادرسی‌اند. عده‌ای دیگر می‌گویند: دسته‌ای از «مقررات شکلی که صرفاً جنبه تشریفاتی دارند و به آسانی می‌توان آنها را حذف و تعدیل کرد و مقررات شکلی دیگر که به بیخ و بن خود مسأله عدالت مربوط می‌شوند و حفظ آنها از نظر اجرای عدالت واقعی ضروری است...» ^{۳*۳*۳*} و بدین ترتیب معیار را بیخ و بن عدالت معرفی می‌کنند. قضات دادگاه خانواده استان فارس نیز در خصوص تشریفات دادرسی

* - دکتر لعیا جنبیدی، اجرای آرای داوری بازرگانی خارجی، (تهران: شهر دانش، ۱۳۸۱) صص ۲۵۶ به بعد، ش ۱۶۰ به بعد.

** - استاد دکتر عبدالله شمس، آیین دادرسی مدنی، (تهران: میزان، ۱۳۸۰)، جلد ۲، ص ۳۷۹، ش ۶۵۱.

*** - استاد محمد بروجردی عبده، اصول محاکمات حقوقی، همان، ص ۷.

**** - دکتر پرویز صانعی، همان، ص ۳۹۳.

گفته‌اند: «... مقصود از تشریفات دادرسی آن قسمت از مقررات و ضوابط است که مربوط به نحوه رسیدگی به ادعای مدعی و نحوه استماع دفاع مدعی علیه و نحوه رسیدگی به دلایل طرفین می‌باشد که رعایت اصول دادرسی در هر حال، لازم است ولی رعایت تشریفات دادرسی مدنی در مواردی استثنایی، از جمله در دعاوی خانواده، لازم نیست.»^{۳۰} مطابق این نظر، معیار تشخیص است که آن دسته از مقررات که مربوط به نحوه رسیدگی است اعم از نحوه رسیدگی به ادعای مدعی و استماع دفاع مدعی علیه و نحوه رسیدگی به دلایل، جزو اصول دادرسی نیست و بیانگر تشریفات دادرسی است. دادگاه عالی انتظامی قضات در آرایبی تلاش کرده است تمایز اصول دادرسی از تشریفات دادرسی را برای دادگاه‌ها روشن سازد: «بفرض که دخالت دادگاه مدنی خاص در صدور حکم ابطال اسناد خریداری از طرف متصرفین رقبات، و استنباط قاضی دادگاه در عدم رعایت تشریفات محاکمه صحیح باشد، چون صدور حکم بر علیه مدعی باید پس از استماع دفاع او [= اصل حق دفاع] و اطلاع وی از دعوی مطروحه [= اصل تناظر] باشد، اضافه کردن عده‌ای به حکم [= اصل تسلط طرفین بر جهات و موضوعات دعوا]... به عنوان صدور حکم اصلاحی [= قاعده فراغ دادرسی] از طرف رییس دادگاه، بدون اینکه آنان طرف دعوی قرار گرفته باشند [= اصل حق دفاع و تناظر] و استناد به ماده ۱۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی [در باره تصحیح احکام = قاعده فراغ دادرسی]، که مخصوص موارد خاصی است، تخلف از اصول آیین دادرسی مدنی [مذکور در فوق] است.»^{۳۱} در این رأی اگرچه مطابق ماده ۸ لایحه قانونی تشکیل دادگاه‌های مدنی خاص مصوب ۱۳۵۸: «اصحاب دعوا مستقیماً به دفتر دادگاه دادخواست می‌دهند و تشریفات آیین دادرسی مدنی لازم‌الرعایه نیست و ترتیب رسیدگی تابع مقررات شرع خواهد بود»، دادگاه عالی انتظامی قضات از معیار شناسایی اصول دادرسی، برای شناخت تشریفات دادرسی استفاده کرده است. اگر اصول دادرسی را شناسایی کنیم، هر آنچه از مواد آیین دادرسی مدنی که در چارچوب اصول دادرسی قرار نمی‌گیرند، تشریفات دادرسی تلقی خواهند

۳۰ - مجله پیام آموزش، شماره ۳، ص ۱۱۱، به نقل از: دکتر عباس زراعت، قانون آیین دادرسی مدنی در نظم حقوق ایران، (تهران: آینده، ۱۳۸۳) ۷ ص ۲۹.

۳۱ - رأی شماره ۴۱ و ۴۰ - ۱۳۶۵/۳/۳، شعبه اول دادگاه عالی انتظامی قضات، به نقل از: احمد کریم‌زاده، نظارت انتظامی در نظام قضایی، (تهران: روزنامه رسمی، ۱۳۷۸)، جلد ۲، صص ۱۸۷ و ۱۸۸.

شد. در رأیی دیگر این دادگاه چنین گفته است: «در پرونده مدنی دادگاه صلح مستقل، عدم تنظیم صورتجلسه در تاریخ مقرر [= اصل حق دفاع]، و صدور رأی در وقت فوق العاده و ثبت لایحه خواهان بعد از حلول جلسه مقرر [اصل تناظر و اصل حق دفاع]، خلاف اصول مسلم دادرسی و تخلف است، خصوصاً که طرفین تقاضای جلسه فوق العاده نکرده‌اند [اصل تسلط طرفین بر جهات و موضوعات دعوا و اصل ابتکار خصوصی].»*

تاکنون معیارهایی که برای شناخت تشریفات دادرسی گفته شد عبارتند از:

۱. مراسم محاکمه که در احقاق حق تأثیری ندارند؛
۲. مقرراتی که به راحتی قابل حذف و تعدیل‌اند و به بیخ و بن مسأله عدالت مربوط نمی‌شوند؛
۳. مقرراتی که مربوط به نحوه رسیدگی به ادعای مدعی، استماع دفاع مدعی علیه و دلایل می‌شوند؛

۴. مقرراتی که اصول دادرسی محسوب نمی‌شوند.

نخستین معیار بسیار کلی است؛ بدین معنا که تأثیر داشتن یا نداشتن در احقاق حق هم اصول دادرسی را دربرمی‌گیرد و هم تشریفات دادرسی را. همانطوری که بی‌طرفی دادرس و حق دفاع و تناظر در احقاق حق مؤثر است، موارد کوچکی همچون عدم ابطال تمبر مالیاتی مربوط نیز از این جهت که مانع احقاق حق، و جری دادخواست می‌شود (مگر در صورت پذیرش ادعای اعسار مدعی آن، که استثنا بر اصل است)، در احقاق حق تأثیر دارد. باری، هر تأثیری مدنظر ما نیست و تأثیری مورد توجه است که بنیادین بوده و موجب بی‌اعتباری یا کسب اعتبار رأی دادگاه شود.

معیار دوم از این جهت که اصول را به بیخ و بن عدالت مرتبط می‌سازد، با ایراد کمتری مواجه است. با وجود این، اشکالی که بر این نظر به ذهن می‌رسد آن است که، به کلی، نقش دادرسی را نادیده می‌انگارد و آنها را قابل حذف و تعدیل می‌داند؛ تشریفات دادرسی حتی اگر قابل حذف و تعدیل باشند، این کار فقط از جانب قانونگذار ممکن است و طرفین دعوا و دادرس نمی‌توانند از تشریفات مقرر شده عدول کنند. تشریفات دادرسی، اگرچه به نظر نگارنده، از اصول دادرسی متمایزاند، ولی خود مانع هرج و

مرج، و موجب نظم در دادرسی اند؛ به عبارتی دیگر «فورمالیسم، به عنوان حامی ای علیه هرج و مرج قاضی و همچون تضمینی برای آزادی در دفاع به معنای اعم، است که نمی توان به کنارش نهاد».^۳

بدین ترتیب، این نظر از این جهت که سهمی برای تشریفات دادرسی در اجرای عدالت نمی بیند، محل ایراد است.

معیار دیگر تمایز بین نحوه رسیدگی و اصول دادرسی است. این معیار نیز اساساً با ایرادات وارد بر معیار دو، مواجه است؛ چگونه ممکن است نقش تشریفات دادرسی در ایجاد نظم دادرسی و جلوگیری از خودسری قضات نادیده گرفت. چگونه می توان اصل ابلاغ را رعایت کرد در حالی که مقررات مربوط به نحوه ابلاغ به نحوی تنظیم شده اند که اساساً مانع ابلاغ می شوند. به نظر نگارنده، موادی که مربوط به نحوه اجرای اصول دادرسی عادلانه می شوند، تضمین کننده اجرای عدالت از طریق این اصول اند و نمی توان به راحتی از آنها گذشت.

معیار شناخت اصول دادرسی برای شناسایی تشریفات دادرسی که از آرای دادگاه عالی انتظامی قضات قابل استنباط است؛ به نظر نگارنده با کمترین ایراد روبرو است. اصول دادرسی از اصول حقوقی اند که واجد خصایص کلی و انتزاعی بودن و دایمی و ارزشی بودن، است. چنین اصولی غیرقابل عدول اند و وثیقه اجرای عدالت در دادرسی محسوب می شوند. اگر این اصول شناسایی شوند و در کنار آنها قواعد مربوط به مقدمه اجرای آنها و مقررات مربوط به نحوه اجرای آنها مشخص گردند، سایر مقررات را می توان تشریفات محض دادرسی دانست که عدول از آنها به درجه ای از اهمیت نیست که رأی را از درجه اعتبار فرو اندازد. آیین دادرسی مدنی یعنی: «مجموعه اصول و مقرراتی... که در مقام رسیدگی به امور حسبی و کلیه دعاوی مدنی و بازرگانی...» بکار بسته می شود. بخشی از این آیین عبارت از اصول دادرسی مانند اصل تناظر، اصل رعایت حقوق دفاعی، اصل بی طرفی و اصولی که قبلاً از آنها سخن به میان آمده است؛ و بخشی دیگر، مقررات تشریفات دادرسی اند که اصولاً برای ایجاد نظم در دادرسی و جلوگیری

از خودسری دادرسان و رعایت برابری همه مردم در دستیابی به محکمه، به صورت برابر و با شرایط برابر وضع شده‌اند. بدین ترتیب، تشریفات دادرسی هم اگرچه به نوعی در اجرای عدالت دخیل‌اند ولی، درجه تأثیر آنان بر آرا نیز اصولاً به میزان اصول بنیادین دادرسی نیست. از این رو، آنها را به تشریفات محض دادرسی و تشریفات مقدمه اجرای اصول دادرسی، بخش می‌کنیم. اصولی همچون حق دفاع و اصل تناظر و اصل بی‌طرفی حایز آنچنان اهمیتی هستند که به نظر نگارنده رعایت نکردن آنها، بدان دلیل که از قواعد آمره محسوب می‌شوند، موجب بی‌اعتباری رأی می‌گردند (بند ۳ ماده ۳۷۱ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹). تشریفات محض دادرسی چنین تأثیری بر آرا ندارند و رعایت نکردن آنها اصولاً موجب بی‌اعتباری رأی صادر شده نمی‌شود، مگر آنکه این تشریفات مقدمه اجرای اصول دادرسی باشند که در این صورت، بر درستی رأی مبتنی بر آن تأثیر بنیادین دارند؛ مانند عدم رعایت تشریفات انتخاب کارشناس از سوی دادرس - یعنی رعایت نکردن مراسم قرعه، که ناقض بی‌طرفی دادرسی است. (ماده ۲۵۸ قانون فوق‌الذکر).

تفاوت دیگری که بین اصول دادرسی و تشریفات دادرسی وجود دارد آن است که منبع اصول دادرسی و تشریفات دادرسی متفاوت است. اصول دادرسی ممکن است نشأت گرفته از حقوق طبیعی، عقل، عرف، مذهب، اخلاق و... باشد، در حالی که تشریفات دادرسی لزوماً از سوی قانونگذار مقرر می‌شوند و اوست که تصمیم می‌گیرد در چه اموری و بنابر چه مصالحی تشریفات دادرسی لازم‌الرعایه نباشند. از سوی دیگر، اصول حقوقی دادرسی با خصایصی که بیان شد، ممکن است از اصول کلی حقوقی باشند که در این صورت، جهان شمول‌اند در حالی که تشریفات دادرسی در هر جا و مکان به شکلی نمودار می‌شوند.

بدین ترتیب، اصول دادرسی از حیث خاستگاه، ماهیت و مبنا و آثار متمایز از تشریفات دادرسی‌اند. اصول حقوقی حتی قانونگذار را در وضع تشریفات دادرسی کارا، مؤثر، ساده و قابل فهم راهنمایی می‌کنند. او نمی‌تواند تشریفات دادرسی را به نحوی طراحی کند که منافعی حقوق بنیادین دادرسی - اصول دادرسی - باشند. اگرچه می‌توان گفت یکی از اصول دادرسی تشریفات بودن دادرسی است ولی، در دنیای کنونی صرفاً پیش‌بینی

تشریفات و شکل‌ها، برای جلوگیری از خودکامگی قضات، همانطور که ناپلئون بیان کرده است، کافی نیست. امروز تمدن بشری صاحب اصولی برای دادرسی است که نه تنها اصحاب دعوا و قاضی را در رسیدگی به دعوی هدایت می‌کنند، بلکه قانونگذار را نیز به دنبال خود می‌کشانند و رعایت آنها مساوی با عادلانه بودن رسیدگی هاست. آرایبی که ذیلاً می‌آیند، می‌توانند در درک آنچه گفته شد، مؤثر واقع شوند: «اگر محکوم علیه در ظرف مدت قانونی، روی برگ دادخواست غیرچاپی، از حکم بدوی پژوهش بخواهد و دادگاه هم همین برگ را دادخواست تلقی و به او اخطار رفع نقص کند و او نیز در مدت ۵ روز دادخواست چاپی تنظیم و با الصاق تمبر قانونی، آن را تکمیل کند، در این صورت رد دادخواست پژوهشی، به عنوان اینکه دادخواست چاپی در خارج از مدت به دفتر رسیده، صحیح نیست»^{***}. این رأی نشان می‌دهد تأخیر در انجام تشریفات دادرسی - تشریفات دادرسی محض - تأثیری بنیادین بر دادرسی ندارد. «تمبر نداشتن عرضحال پژوهش مدعی خصوصی، موجب رد آن نیست»^{***}. اگرچه ممکن است، رعایت نکردن تشریفات همچون ابطال و الصاق تمبر مالیاتی مربوطه در احقاق حق مؤثر باشد ولی اثر آن به درجه‌ای از اهمیت نیست که موجب بی‌اعتباری رأی به طور کلی شود؛ چه این هزینه همواره قابل وصول است و اگر در ایصال آن به خزانه دولت، قصور یا اشتباهی رخ دهد، قابل جبران است. برابر کردن رونوشت یا کپی یک سند اگرچه می‌تواند به عنوان تشریفات دادرسی تلقی شود ولی از آنجایی که این کار در احقاق حق و تحقیق دادرسی بی‌طرفی او مؤثر است، به عنوان تشریفات مقدمه اجرای اصول دادرسی، محسوب می‌شود و دیوان در آرای مختلفی عدم رعایت آن را موجب نقض رأی دانسته است.^{***}

رأی دیگر چنین می‌گوید: «اشکالی که بر نحوه رسیدگی و نتیجه رأی تجدیدنظر خواسته

*** - رأی شماره ۱۳۳۰/۷/۲۴-۸۷، شعبه ششم دیوانعالی کشور، به نقل از احمد متین، مجموعه رویه قضایی، قسمت حقوقی، (تهران: چاپخانه هاشمی، بی‌تا)، ص ۲۱۳.

*** - رأی شماره ۱۵۴۹/۹۹۱۶ - ۱۳۱۶/۷/۱۲ به نقل از محمد بروجردی عبیده، اصول قضایی - حقوقی، مستخرج از احکام دیوانعالی کشور، (تهران، انتشارات رهام، ۱۳۸۳)، ص ۶۸.

*** - از جمله آرای شماره‌های ۷۲/۱/۱۴۳- شعبه سوم دیوانعالی کشور؛ ۷۱/۷/۱۵-۴۳۴، شعبه سوم دیوانعالی کشور؛ ۷۲/۸/۳-۲۹۳، شعبه دوازدهم دیوانعالی کشور. به نقل از: بدالله باگیر، تشریفات دادرسی مدنی در آینه آرای دیوانعالی کشور (تهران، فردوسی، ۱۳۸۱)، جلد ۲، صص ۱۱۶، ۱۱۷ و ۱۱۸.

وارد می‌باشد این است که طبق مندرجات صورتجلسه مورخ ۱۳۶۳/۱/۱۹، دادگاه هنگام انتخاب کارشناس، بدون استقراع (قرعه‌کشی) آقای "د" را به عنوان کارشناس انتخاب کرده، در صورتی که وفق مقررات ماده ۴۴۵ قانون آیین دادرسی مدنی [ماده ۲۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹]، کارشناس می‌بایستی به قید قرعه تعیین شود، [= اصل بی طرفی]؛ لذا، رأی تجدیدنظر خواسته نقض و رسیدگی مجدد به دادگاه حقوقی یک شهرستان کرج ارجاع می‌گردد^{*}. در این رأی تشریفات دادرسی - استقراع - ضامن اجرای اصول دادرسی است.

تشریفات دادرسی از دو منظر در دادرسی دخیل‌اند - تشریفات محض و مقدمه اجرای اصول - و این تنها قانونگذار است که می‌تواند بنابر مصالحی همچون سرعت رسیدگی و امنیت اجتماعی و مصالح خانوادگی و... تشریفات دادرسی را مراعی نداند. او در این کار نیز مقید به اصول دادرسی است و نمی‌تواند تشریفات مؤثر در اجرای اصول دادرسی را که در واقع مقدمه اجرای این اصول‌اند حذف کند و به طریق اولی نمی‌تواند با بکار بردن عبارت: «تشریفات دادرسی لازم‌الرعايه نیست» اصول دادرسی را نیز، نادیده انگارد. رساترین ماده‌ای که در قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ درخصوص تفکیک اصول از تشریفات دادرسی می‌توان یافت ماده ۱۲۰ این قانون درباره خسارات ناشی از اجرای قرار تأمین خواسته است: «... مطالبه خسارت در این مورد بدون رعایت تشریفات آیین دادرسی مدنی و پرداخت هزینه دادرسی صورت می‌گیرد. مفاد تقاضا به طرف ابلاغ می‌شود [= اصل تناظر]، تا چنانچه دفاعی [اصل حق دفاع]، داشته باشد ظرف ۱۰ روز از تاریخ ابلاغ با دلایل [اصل تسلط طرفین بر جهات و موضوعات دعوا]، آن را عنوان کند. دادگاه در وقت فوق‌العاده به دلایل طرفین رسیدگی [اصل درخور و مؤثر در مقام بودن دلیل]، و رأی مقتضی [اصل توجیه رأی]، صادر می‌کند...». اگرچه قانونگذار در مورد مذکور، بنابر مصالحی همچون اصل سرعت در رسیدگی، امکان عدول از تشریفات دادرسی را فراهم کرده است، ولی خود به نحو تلویحی بر لزوم رعایت اصول اشاره کرده است و ذهن آشنا به اصول به راحتی آن را

* - رأی شماره ۵۵۲ - ۱۰/۲۵/۱۳۷۰، شعبه ۲۴ دیوانعالی کشور، به نقل از: یدالله بازگیر، تشریفات دادرسی مدنی در آینه دیوانعالی کشور، (تهران: فردوسی، ۱۳۸۱)، جلد ۴، ص ۲۲۹.

درمی‌یابد. باری، حتی اگر قانونگذار تشریفات را لازم‌الرعایه نداند، هنوز هم دادرسی و رسیدگی مشروع، منوط به رعایت اصول بنیادین دادرسی و تشریفات مقدمه اجرای آنهاست و چنین تأکیدی لازم نیست.

با وجود این، علی‌رغم آنچه گفته آمد، قانونگذار گاه خود را ناگزیر به تصریح به لزوم رعایت اصول دادرسی می‌بیند؛ ماده ۱۳ لایحه تشکیل دادگاه‌های فوق‌العاده رسیدگی به جرایم ضدانقلاب مصوب ۱۳۵۸/۴/۱۳ شورای انقلاب چنین مقرر کرده است: «رسیدگی دادگاه‌های فوق‌العاده رسیدگی به جرایم ضدانقلاب، تابع تشریفات نبوده و محاکمات با سرعت و بدون اتلاف وقت انجام می‌پذیرد ولی، اصول و مقررات عمومی که متضمن حق دفاع و اجرای عدالت می‌باشد، در جلسه دادرسی رعایت خواهد شد». در این ماده، تحولات انقلابی قانونگذار را ناگزیر کرده است به اصول دادرسی عنایت ویژه داشته باشد و برای به نظر رسیدن اجرای عدالت و آشکار بودن آن بر آنها تأکید کند. چه، مشروعیت دادرسی او منوط به اجرای عدالت در چارچوبه اصول بنیادین دادرسی است. اینجاست که تفاوت اصول و تشریفات دادرسی هویدا می‌شود اگرچه دادرسی نیز بنابر اصل، تشریفاتی است و در فورمالیسم قضایی طرح، جریان و خاتمه می‌یابد.

نوشتار سوم: نقش تفسیری اصول دادرسی

این نوشتار به یکی از کارکردهای مهم اصول حقوقی در زندگی حقوقی می‌پردازد. اصول دادرسی به عنوان بخشی از اصول حقوقی، موضوع اصلی این نوشته است و از این رو به نقش تفسیری این اصول در جریان دادرسی مدنی پرداخته می‌شود. عنوان اصول راهبردی دادرسی^{*}، که برای اولین بار توسط دو تن از حقوقدانان نامی دادرسی مدنی فرانسه، ژرار کورنو و ژان فویه^{**}، در کتاب آیین دادرسی مدنی خود در سال ۱۹۵۸^{***}، وارد عرصه مفاهیم کلی دادرسی مدنی شد و بعدها در زمان تدوین قانون جدید آیین

- LES PRINCIPES DIRECTEURS DU PROCES.

- GERARD CORNUET ET JEAN FOYER.

- GERARD CORNUET ET JEAN FOYER, PROCEDURE CIVILE,(PARIS:PUF,1958),P364 ETS.

دادرسی مدنی فرانسه، به عنوان سرآغاز و کلیات در این قانون مطرح گردید خودگوییایی نقش تفسیری اصول دادرسی است؛ اصولی که راهنمایی می‌کنند و این راهنمایی علاوه بر ارایهٔ طریق مستقیم، شامل تفسیر نیز می‌شود. دادگاه فدرال قانون اساسی آلمان، در این مورد دربارهٔ اصل تناظر، گفته است: «این اصل یک مسیر راهبردی برای تفسیر حقوق دادرسی موضوعه است و در نتیجه در همان زمان مبنایی است برای شناسایی حقوق ناشی از آن»^{۱*}، در قانون جدید آیین دادرسی مدنی انگلستان^{۲**} نیز به این کارکرد بنیادین اصول توجه شایان شده است. ماده ۱-۱ این قانون متضمن «هدف غیرقابل چشم‌پوشی»^{۳***} است. این اهداف عبارتند از:

«۱- این مقررات برابر با مجموعهٔ آیین دادرسی مدنی جدید با اهداف غیر قابل چشم‌پوشی‌اند که محکمه را قادر می‌سازد، پرونده‌ها را عادلانه رسیدگی کند.
۲- تا جایی که عملی باشد، رسیدگی پرونده‌ها به طور عادلانه، شامل امور زیر می‌شود:

الف) تضمین اینکه طرفین در موقعیتی برابر قرار دارند؛

ب) کاهش دادن هزینه‌ها؛

ج) رسیدگی پرونده‌ها به شیوه‌ای که با امور زیر تناسب دارد:

۱. میزان پولی که در آن مطرح است؛

۲. اهمیت پرونده؛ علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

۳. پیچیدگی مباحث؛

۴. وضعیت اقتصادی هر طرف.

د) تضمین اینکه پرونده با سرعت و به طور منصفانه رسیدگی می‌شود؛

و)...

- C.CONST. FED., 1ER SENAT, 8 JANVIER 1959, BVERFGE 9,96. CITE PAR:FREDERIQUE FERRAND,LE PRINCIPE CONTRADICTOIRE ET L'EXPERTISE EN DRIOT COMPARE EUROPEEN., REVEU INTERNATIONAL DE DRIOT COMPARE, 2002-2, P352.NOTE:49.

- THE CIVIL PROCEDURE RULES(CPR).

- THE OVERRIDING OBJECTIVE.

و در ماده ۱-۲ می‌گوید: «محکمه باید به دنبال اعمال این اهداف غیرقابل چشم‌پوشی، در هر مورد زیر، باشد:

الف) در زمان اعمال قدرتی که این مقررات به او می‌دهد؛
ب) در زمان تفسیر این قواعد.

در ماده یک «قانون آیین دادرسی مدنی فدرال»^{*} امریکا نیز در این باره چنین آمده است: «... آنها [آن مقررات] به منظور تضمین عدالت، سرعت و احقاق حق در هر دعوا به طور کم‌هزینه، تفسیر و اجرا خواهند شد».

اصول دادرسی نه تنها در مقام اجرای آن از سوی طرفین دعوا آنها را ناگزیر به رعایت می‌سازند، بلکه این اصول در مقام وضع سایر قواعد دادرسی، از جمله تشریفات، از سوی قانونگذار راهنمای او می‌باشند و او نمی‌تواند از آنها تخطی کند. از سوی دیگر قاضی نیز نه تنها نگهبان و پاسدار رعایت این اصول از سوی اصحاب دعواست، خود نیز مقید به آنها می‌باشد؛ ماده ۱۶ قانون جدید آیین دادرسی مدنی فرانسه در این باره چنین می‌گوید: «قاضی باید در هر اوضاع و احوالی، اصل تناظر را مراعی سازد و خود نیز آن را رعایت کند»^{**}. قاضی در چارچوب اصول آزاد است و تمامی افزایش اختیارات او در گستره اصول بنیادین دادرسی معنا می‌دهد و او در هر حال مقید به اصول دادرسی است، از جمله این افزایش اختیارات می‌توان به ماده ۱۹۹ قانون آیین دادرسی و پیشینه آن اشاره کرد. یکی از قضات عالی‌رتبه ایران در این باره چنین می‌گوید: «قاضی در تفسیری که در مقام حکم از قوانین می‌کند، در چارچوب اصول آزاد است. این آزادی لازمه اختیارات قاضی و استقلال اوست»^{***}

استاد دکتر ناصر کاتوزیان سه نقش را برای اصول حقوقی در زندگی حقوقی قابل‌اندک به طور خلاصه چنین تبیین می‌شود:

۱. در مواردی که برای فصل خصومت قاعده خاصی وجود ندارد، دادرسی به یاری

- FEDERAL RULES OF CIVIL PROCEDURE.(FRCP)

- ART. 16: "LE JUGE DOIT, EN TOUTES CIRCUMSTANCES, FAIRE OBSERVER ET OBSERVER LUI-MEME LE PRINCIPE DE LA CONTRADICTOIRE".

*** - محمد هاشم صمدی اهری [اداریار دادرسی دیوانعالی کشور]، نظریات قضایی دادستان کل کشور، (تهران:

گنج دانش، ۱۳۷۸)، ص ۳.

این اصول می‌تواند راه حل متناسب و عادلانه را بیابد؛

۲. در موردی که قانون یکی از مصداق‌های "اصل کلی" است و قواعد مجرد را در زندگی اجتماعی پیاده می‌کند، باید تفسیر موسع شود. ولی، اگر قاعده‌ای استثنای بر اصل کلی محسوب شود، باید محدود به مورد خاص شود و دادرسی نمی‌تواند آن را گسترش دهد؛

۳. مجموع "اصول حقوقی" پایه‌های تمدن و نظام حقوقی کشور را به وجود می‌آورد. شناختن و حمایت از این اصول وسیله حفظ مدنیت و اخلاق و نظم هر اجتماع است. با این حربه، حقوقدان می‌تواند هرگونه آسیبی را دفع کند و مانع از ورود انگل‌های زیانبخش به بدن اجتماع شود.^{۳۸}

اصول دادرسی در مواردی که قواعد دادرسی مبهم، ساکت و مجمل‌اند به عنوان وسیله‌ای کارا در اختیار دادرسی قرار دارند و در جهت احقاق حق و اجرای عدالت، موجب شناسایی حقوق ناشی از خود برای اصحاب دعوا و دادرسی می‌گردد. از این رو است که قانونگذار در ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ می‌گوید: «قضات دادگاه‌ها موظف‌اند موافق قوانین به دعاوی رسیدگی کرده، حکم مقتضی صادر و یا فصل خصومت کنند. در صورتی که قوانین موضوعه کامل یا صریح نبوده یا متعارض باشند یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد، با استناد به... اصول حقوقی، حکم قضیه را صادر کنند...» بدین ترتیب، اگرچه همچون کشورهای فوق‌الذکر به نقش تفسیری اصول حقوقی در قانون آیین دادرسی مدنی ایران، اشاره‌ای نشده است، ولی این امر با توجه به اقتضای اصول حقوقی - اصول دادرسی که دارای ارزش ذاتی‌اند - روشن و بدیهی است. وانگهی در ماده فوق‌الذکر قانونگذار در واقع به عرصه تفسیر گام نهاده است و اجازه تمسک به اصول حقوقی در این باره را به قضات داده است؛ چه استدلال از طریق اصول حقوقی موجب بالا رفتن وزن و ارزش استدلال و ترجیح آن می‌شود و حکم روشن و موجود - مبین - نیازی به تفسیر ندارد. بنابراین، این قسمت از نوشته، مربوط به موردی است که حکم یا مجمل است یا مبهم و یا اینکه اساساً در قضیه حکمی وجود ندارد و یا

۳۸ - دکتر ناصر کاتوزیان، فلسفه حقوق، منابع حقوق، همان، صص ۶۴۹ و ۶۵۰، ش ۳۸۸.

اینکه حکم ناقص است. در مواردی که حکم موضوع مجمل یا مبهم است، عملکرد قاضی در جهت روشن کردن این اجمال و ابهام چیزی جز تفسیر نیست. اما وقتی که او در مقام رفع نقص برمی آید و یا اینکه رفع سکوت از قانون را در دستور کار خود قرار می دهد، علاوه بر تفسیر با تمسک به اصول حقوقی، حقوق نیز تولید می کند؛ چه، چیزی وجود ندارد تا روشن شود و کار او چیزی جز ساختن قاعده و حکم نیست. بدین صورت است که اصول حقوقی به عنوان اصول دادرسی سازنده حقوق رخ می نمایند. اما با وجود این، بهتر است گفته شود دادرسی با این کار تنها حقوق ناشی از آن اصل را که پیشاپیش وجود داشته است، شناسایی می کند و نه اینکه حقوق می سازد؛ چه وظیفه او اجرای حقوق - قانون - است نه وضع آن و این کار ساختن قاعده نیست، بلکه شناسایی قاعده است. این همان نکته ای است که در رأی فوق الاشعار دادگاه قانون اساسی فدرال آلمان به وضوح دیده می شود: «... مبنایی است برای شناسایی حقوق ناشی از آن» که از سوی قاضی با تمسک به اصول، انجام می شود. با این حال، اصول دادرسی - اصول حقوقی - نقش مهم دیگری نیز، علاوه بر رفع اجمال و ابهام و نقص و سکوت دارند؛ که آن را می توان نقش مرجع تفسیرهای مبتنی بر اصول نامید. وقتی چند تفسیر از قانون وجود دارد، باید تفسیری را پذیرفت که موافق اصول دادرسی - حقوقی - هستند. این کار موجب می شود، همانطوری که گفته آمد، وزن و ارزش تفسیر سنگین شود. در واقع همانطوری که ژان بولانژ گفته است: «حقیقت این است که قضات برای رهایی از مخمصه گه گاهی به طور غریزی به اصول روی می آورند»* و این ترجیح و تمسک به اصول حقوقی - دادرسی - نیازمند هیچ استدلالی نیست بلکه خلاف آن نیازمند استدلال است؛ باری، «اگر چند تفسیر از قانون موجود است باید آنی را برگرفت که با یک اصل کلی حقوق سازگارتر است»**.

مواردی نیز ممکن است روی دهد که تفاسیر مختلف ناشی از تمسک به اصول مختلف است، در این حالت، به نظر نگارنده، باید تفسیری را ترجیح داد که اصول مبنای آن وزین تر و به حال منافع فردی یا جمعی، موافق تر است.

* - ژان بولانژ، همان، ص ۸۹، ش ۱۸.

** - دکتر حسن جعفری تبار، همان، ص ۱۹۸.

نمونه‌هایی که اینک مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرند، نشان‌دهنده نقش تفسیری اصول دادرسی در دکتترین و رویه قضایی می‌باشند:

دعوای متقابل* یکی از دعوای طاری است که واجد دو جنبه دفاعی و حمله‌ای است - دفاع در برابر ادعاهای خواهان اصلی و دعوا و ادعا در برابر او. از این رو به آن «دفاع تهاجمی»*** گفته‌اند.*** مطابق ماده ۱۴۱ قانون آیین دادرسی مدنی «خواننده می‌تواند در مقابل ادعای خواهان، اقامه دعوا کند. چنین دعوایی در صورتی که با دعوای اصلی ناشی از یک منشاء بوده یا ارتباط کامل داشته باشد، دعوای متقابل نامیده شده و توأماً رسیدگی می‌شود و چنانچه دعوای متقابل نباشد، در دادگاه صالح به طور جداگانه، رسیدگی خواهد شد». پس از طرح دعوای متقابل و تحقق شرایط آن، اینک دعوا دو خواهان - خواهان اصلی و خواهان تقابل - و دو خواننده - خواننده اصلی و خواننده تقابل - دارد، اکنون آیا می‌توان پذیرفت که پس از تحقق دعوای متقابل، خواهان اصلی که خواننده دعوای تقابل است، می‌تواند علیه خواننده اصلی و خواهان تقابل، دعوای متقابل طرح کند؟ در فرانسه نیز این پرسش مطرح شده است، عده‌ای از حقوقدانان به قاعده‌ای در حقوق فرانسه استناد می‌کنند و می‌گویند «تقابل بر تقابل اعتبار ندارد»*** و عده‌ای دیگر اصولاً آن را نمی‌پذیرند و تنها در مواردی که دعوای متقابل مبتنی بر همان عنوانی است که دعوای متقابل خواننده اصلی دارای آن است، آن را قابل پذیرش می‌دانند.*** در حقوق ایران نیز استاد دکتر عبدالله شمس با توجه به نحوه تنظیم ماده ۱۴۱ قانون فوق‌الذکر که می‌گوید: «در صورتی که با دعوای اصلی از یک منشاء بوده یا ارتباط کامل داشته باشد... آن را نمی‌پذیرند»**** چه، تقابل دوم با دعوای اصلی ارتباط کامل پیدا نمی‌کند و طاریاً در

- LA DEMANDE RECONVENTIONNELLE.

- LA DEFENSE AGRESSIVE.

- GERARD CORNU ET JEAN FOYER, PROCEDURE CIVILE, (PARIS: PUF, 1996), 3ED, P375, N85.

- RECONVENTION SUR RECONVENTION NE VAUT.

- JEAN VINCENT ET SERGE GUICHARD, PROCEDURE CIVILE, (PARIS: DALLOZ, 1991) 22FD, P802, N 1256.

***** - استاد دکتر عبدالله شمس، آیین دادرسی مدنی، (تهران: میزان، ۱۳۸۰) جلد ۱، ص ۵۴، ش ۴۹.

برابر دعوی تقابل اول طرح می‌گردد. در اینجا دو اصل می‌تواند برای پذیرش دعوی تقابل بر تقابل مورد تمسک قرار گیرد؛ اصل رعایت حقوق دفاعی و اصل جلوگیری از صدور آرای متعارض. از آنجایی که طرح دعوی متقابل به معنای اعمال حقوق دفاعی مدعی آن است و این امر موجب صدور احکام مرتبط و غیرمعارض می‌شود می‌توان چنین تفسیر کرد که دعوی متقابل بر تقابل قابل پذیرش است. عده‌ای از حقوقدانان به این سمت گرایش پیدا کرده‌اند و تفسیر مبتنی بر این اصول را پذیرفته‌اند؛ «به نظر می‌رسد که چنین رویه‌ای در ایران قابل تبعیت نباشد، زیرا - تقابل بر تقابل اعتبار ندارد - اگرچه ممکن است قاعده فوق برای جلوگیری از اطاله دادرسی وضع شده باشد، ولی اصول را بخاطر نگرانی‌ها، آن هم احتمالی، نباید زیر پا گذارد. اقامه دعوی متقابل دفاع محسوب می‌شود و بستن راه دفاع، به هر بهانه‌ای یعنی محروم کردن مدعی علیه از حق مسلم خود»^{۳۳}. بدین ترتیب، می‌بینیم چگونه اصول دادرسی ذهن حقوقدانان را به سوی خود می‌کشاند و آنها نیز تفسیرهای موافق اصول را می‌پذیرند.

مطابق یکی از اصول دادرسی که ریشه در کشف حقیقت و صدور احکام صحیح دارد، به ماهیت هر دعوا باید در دو مرحله رسیدگی کرد که به آن «اصل رسیدگی یا صلاحیت در دو درجه»^{۳۴} گفته می‌شود. اکنون، اگر دادگاه بدوی قرار صادر کند و دادگاه تجدیدنظر قرار را فسخ کند و رأی صادر کند، پرسشی که صرف نظر از صحت رأی صادره مطرح می‌شود آن است که، از آنجایی که دادگاه بدوی ملزم است برای آن رأی اجراییه صادر کند، و این دعوا در دادگاه اخیر رسیدگی نشده است، آیا می‌توان به دادگاه تجدیدنظر که مرحله دوم رسیدگی است، برای صدور اجراییه مراجعه کرد؟ دادرسان در این زمینه اختلاف نظر دارند و عده‌ای معتقدند: «هر چند به موجب ماده ۵ قانون اجرای احکام مدنی، صدور اجراییه با دادگاه نخستین است، لیکن چون در ما نحن فیه، دادگاه تجدیدنظر پس از فسخ قرار به جای اعاده پرونده به دادگاه بدوی ابتدا رسیدگی ماهیتی و

* - مرحوم استاد دکتر جواد واحدی، دعوی متقابل، مجله حقوقی و قضایی دادگستری جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۷۰، شماره ۲، ص ۷. و نیز:

- دکتر مجید غمامی، دعوی متقابل، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۱۳۸۳، شماره ۶۶، ش ۲۳۱.

سپس مبادرت به صدور رأی کرده است، لذا عنوان دادگاه نخستین تلقی شده و مسؤول اجرای رأی صادره می‌باشد و دادگاه بدوی که به ماهیت دعوی رسیدگی نکرده و حکمی نداده است، تکلیفی در اجرای حکم دادگاه دیگر ندارد». اما، ذهن اصول مدار این نظر را نمی‌پذیرد و می‌گوید:

«دادگاه با رسیدگی ماهیتی و صدور رأی در واقع تصمیم بدوی را برخلاف عنوان آن به جای قرار، حکم تلقی کرده و با فسخ حکم بدوی مبادرت به صدور حکم ثانوی کرده است و به این کیفیت، دادگاه نخستین در هر حال همان دادگاه بدوی است و این دادگاه مطابق ماده ۵ قانون اجرای احکام مدنی، مکلف به اجرای حکم دادگاه تجدیدنظر است»^{۱۱۱}.

بدین ترتیب نظر دوم، با عنایت به اصل رسیدگی به دو درجه، برای آنکه اقدام دادگاه تجدیدنظر را مخالف اصل نداند، چنین تلقی می‌کند که در واقع قرار دادگاه نخستین، حکم بوده است و این اصل نقض نگردیده است.

اصول دادرسی حتی ممکن است متن نسبتاً صریح قانون را اصلاح کند: «در صورتی که در دادگاه استان، یک طرف یا طرفین برای اثبات یا دفاع از امری به اطلاع اهل محل متمسک شوند، دادگاه موافق ماده ۱۱۷ قانون باید به تقاضای مزبور رسیدگی کند و جمله مذکور در آن ماده «دادگاه می‌تواند تحقیقات محلی کند»، دلیل اختیار دادگاه در قبول این تقاضا نیست، چه برحسب اصول کلی اصل تسلط طرفین بر جهات و موضوعات دعوا، و مستفاد از ماده ۱۷۴ قانون مزبور، رسیدگی به ادله طرفین الزامی دادگاه است»^{۱۱۲}.

این اصول دادرسی مدنی یا اصول راهبردی دادرسی اندک بر تمام اجزای رسیدگی و دادرسی حاکم می‌باشند. این اصول مطابق ذات خود به راهنمایی می‌پردازد و همچون چراغ راهی بر شاهراه عدالت در دادرسی مستقر بوده و نورافشانی می‌کنند.

تمسک به این اصول نه تنها موجب تأمین مقتضیات عدالت آیینی می‌گردد، بلکه به دلیل ارزش والایی که در مقام استدلال به استنادکننده و به استناد و استدلال او می‌دهند، موجب رضایت خاطر مراجعه‌کنندگان به دستگاه قضا می‌گردند. از سوی دیگر این

* - یوسف نوبخت، اندیشه‌های قضایی، (تهران: کیهان، ۱۳۶۸)، صص ۱۱۰ و ۱۱۱.

** - رأی هیأت عمومی دیوان کشور به شماره ۳۳۶ - ۱۳۱۵/۱۲/۲۹، به نقل از احمد متین، همان، ص ۱۰۳.

اصول دادرسی را در چارچوبه‌ای قرار می‌دهند که توجیه‌کننده مشروعیت کار او می‌باشد. این اصول دادرسی که «پدیده نکبت‌بار، بی‌روح و فراموش شده آیین دادرسی» را «در میان مهمترین اسناد فرهنگ بشری جای می‌دهد»^۳.

برآیندها:

اصول دادرسی از اصول حقوقی هستند که قابلیت اعمال آنها محدود به یک مورد یا موضوع خاص نمی‌باشند و تازمانی که اصل دیگری جایگزین آنها نشده است به حیات خود ادامه می‌دهند. این اصول مجرد از عینیات در ذهن تصور می‌شوند و پس از آن با ماهیت ارزشی خود بر واکنش‌ها و استنباط‌های حقوقی تحمیل می‌شوند. برخی از این اصول، اصول کلی حقوقی محسوب می‌شوند. اصول دادرسی ممکن است با یکدیگر متعارض باشند و یا اینکه اجرای یک اصل مزاحم اصل دیگر باشد. در این حالت باید به تعادل و تراجیح دست زد و اصلی را ترجیح داد که وزین‌تر است چه، میان اصول نیز سلسله مراتبی قابل درک وجود دارد. با شناسایی اصول دادرسی می‌توانیم به ماهیت تشریفات محض دادرسی و تشریفات مقدمه اجرای اصول پی ببریم. اصول حاکم بر فرآیند قانونگزاری و اجرای قوانین می‌باشند به نحوی که اگرچه قانونگذار واضع تشریفات است و حتی می‌تواند آنها را نسخ کند ولی، این کار را نیز باید به لحاظ اصول بنیادین دادرسی انجام دهد. مهمترین نقش اصول حقوقی - دادرسی خاصیت راهبردی آنها در مقام اجرای قوانین است که به نحو مطلوب و واضح در مقام ارایه تفاسیر قضایی نمود پیدا می‌کند. استدلال اصولی وزین‌تر، مرجح‌تر، زیباتر و متقن‌تر از استدلال غیراصولی است که در نهایت ناخودآگاه ذهن را به مرحله اقتناع و ایجاب می‌رساند. پس به سادگی می‌توان دریافت که اصول دادرسی چه نقشی را ایفا می‌کنند و بدون توجه به این اصول فرآیند دادرسی و قواعد آن چه اندازه خشک و بی‌روح است.

۳ - تعبیری است از آیین دادرسی که پروفیسور فرانسیس کلاین (PROF. FRANTZ KLEIN) در سال ۱۹۰۱ به کار برده است. به نقل از:

- OSCAR G. CHASE, SOME OBSERVATIONS ON THE CULTURAL DIMENTION IN CIVIL PROCEDURAL REFORM, THE AMERICAN JOURNAL OF COMPARATIVE LAW, 1997, VOL45, N4, P861.

فهرست منابع:

الف) منابع فارسی و عربی

۱. الشیخ مرتضیٰ الانصاری، کتاب المکاسب، (قم: النشر الاسلامی، ۱۴۲۲هـ.ق).
۲. ژان بولانژه، اصول کلی حقوقی و حقوق موضوعه، ترجمه دکتر علیرضا محمدزاده وادقانی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، بهار ۱۳۷۶، شماره ۳۶.
۳. یدالله بازگیر، تشریفات دادرسی مدنی در آینه آرای دیوانعالی کشور (تهران: فردوسی، ۱۳۸۱)، جلد ۲.
۴. یدالله بازگیر، تشریفات دادرسی مدنی در آینه دیوانعالی کشور، (تهران: فردوسی، ۱۳۸۱)، جلد ۴.
۵. محمد پروجردی عبده، اصول قضایی - حقوقی، مستخرجه از احکام دیوانعالی کشور، (تهران: انتشارات رهام، ۱۳۸۳).
۶. محمد پروجردی عبده، اصول محاکمات حقوقی، مواد امتحانی مستخدمین قضایی، (بی جا، بی نا، بی تا)، موجود در بخش جزوات کتابخانه دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
۷. دکتر حسن جعفری تبار، مبانی تفسیر فلسفی حقوقی، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳).
۸. دکتر لغیا جنیدی، اجرای آرای داوری بازرگانی خارجی، (تهران: شهر دانش، ۱۳۸۱).
۹. محقق حلی، مختصرالنافع، (قم: مؤسسه بعثه، ۱۴۱۳ هـ.ق).
۱۰. دکتر عباس زراعت، قانون آیین دادرسی مدنی در نظم حقوقی ایران، (تهران: آینده، ۱۳۸۳).
۱۱. دکتر عبدالله شمس، آیین دادرسی مدنی، (تهران: میزان، ۱۳۸۰)، جلد ۱ و ۲.
۱۲. محسن صادقی، اصول حقوقی و جایگاه آن در حقوق موضوعه، (تهران: میزان، ۱۳۸۴).
۱۳. دکتر پرویز صانعی، حقوق و اجتماع، رابطه حقوق با عوامل اجتماعی و روانی ۷ (تهران: طرح نو، ۱۳۸۱).
۱۴. دکتر سید محسن صدرزاده افشاری، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، (تهران: ماجد، ۱۳۷۹).
۱۵. محمد هاشم صمدی اهری، نظریات قضایی دادستان کل کشور، (تهران: گنج دانش، ۱۳۷۸).
۱۶. مصطفی عدل (منصور السلطنه)، حقوق مدنی، (فزوین: طه، ۱۳۷۸).
۱۷. حسن عمید، فرهنگ فارسی عمید، (تهران: امیرکبیر، ۱۳۷۹) جلد اول.
۱۸. دکتر مجید غمامی، دعوی متقابل، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۱۳۸۳، شماره ۶۶.
۱۹. دکتر ناصر کاتوزیان، اعتبار امر قضاوت شده در امور مدنی، (تهران: دادگستر، ۱۳۷۶).
۲۰. دکتر ناصر کاتوزیان، فلسفه حقوق، منابع حقوقی، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۱)، جلد دوم.
۲۱. دکتر ناصر کاتوزیان، مبانی حقوق عمومی، (تهران: دادگستر، ۱۳۷۷).
۲۲. دکتر ناصر کاتوزیان، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۸).
۲۳. حجتی کرمانی، سیرقضاوت در ادوار مختلف تاریخ، (تهران: کتاب آروند، ۱۳۷۸) چاپ دوم.
۲۴. احمد کریمزاده، نظارت انظامی در نظام قضایی، (تهران: روزنامه رسمی، ۱۳۷۸)، جلد ۲.
۲۵. احمد متین، مجموعه رویه قضایی، قسمت حقوقی، (تهران: جایخانه هاشمی، بی تا).
۲۶. شمس الدین مجرد، سیری در قانون همواری (عهد عتیق)، مهنامه قضایی، سال ۱۳۴۷.
۲۷. شیخ محمد حسن نجفی، جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، (بیروت: دارالاسلامیه، ۱۴۱۱هـ.ق)، جلد ۱۴.
۲۸. حسن محسنی و محمد پورطهماسبی فرد، اصل تسلط طرفین دعوا بر جهات و موضوعات دعوا، دوره جدید مجله کانون وکلای دادگستری مرکز، شماره ۲۱، پاییز ۱۳۸۴.
۲۹. محمد بن جمال الدین مکی عاملی (شهید اول)، لمعه دمشقیه، (قم: منشورات دارالفکر، ۱۴۱۳هـ.ق).

۳۰. دکتر محمد معین، فرهنگ فارسی، (تهران: امیرکبیر، ۱۳۷۵)، جلد اول.
۳۱. یوسف نوبخت، اندیشه‌های قضایی، (تهران: کیهان، ۱۳۶۸).
۳۲. دکتر جواد واحدی، دعوی متقابل، مجله حقوقی و قضایی دادگستری جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۷۰، شماره ۲.
۳۳. ریموند وستمبروک، مارتازات، سوفی لافون و...، تاریخ حقوق بین‌النهرین باستان، آغاز قانونگذاری ترجمه گودرز افتخار جهرمی، علی حسین نجفی ایرند آبادی، محمد راسخ و... به کوشش حسین بادامچی، (تهران: طرح نو، ۱۳۸۲).
۳۴. عیسی ولایی، فرهنگ تشریح اصطلاحات اصولی، (تهران: نشر نی، ۱۳۸۰). چاپ دوم.

منابع انگلیسی و فرانسوی

1. liuccR:siraP(elivic erudécorp ed criatnemélÉ sicerP,URB RAZÉC.hC .I Silzey,1927).
2. Oscar G.CHASE,Some Observation on The cultural Dimention in Civil Procedural Reform,The American Journal of Comparative Law,1997,Vol 45,N4.
3. Código Procesal Civil,Commercial Y De MINERÍA De LA Provincia de SAN JUAN. See: www.Jussanjuan.gov.ar/CPC.doc.
4. Gérard CORNU et jean FOYER,Procédure Civile,(Paris:PUF, 1958).
5. Gérard CORNU et jean FOYER, Procédure Civile,(Paris:PUF,1996).
6. Frédérique FERRAND, Le Principe Contradictoire et L'expertise en Droit Comparé European, Reveu international de droit Comparé, 2000-2.
7. Le Robert Micro Poche, Dictionaire de la Langue Francaise,(Paris:Dicorobert,1993).
8. Seyyed Taghi NASR ,Essai sur L'histoire du droit Persan dès l'origine à L'invasion Arabe.(Paris: Édition Albert Mechelink,1933).
9. Rolf Stürner, Règles Transnationales De Procédure Civile? Quelques Remarques D'un Européen Sur un Nonvea Projet Common DEL'American Law Institute et D'Unidroit, Reveu international de droit Comparé, 2000-4.
10. Rolf STÜRNER, Procédure Civile et Culture Juridique, Reveu international de droit Compare, 2004-2.
11. Jean VINCENT et Serge GUICHARD, Procédure Civile, (Paris:DALLOZ,1991), 22éd.
12. Jean VINCENT, Serge GUINCHARD , Procédure Civile (Paris: DALLOZ,2003),27éd.